

Fördern und Fordern

Ein Werkstattbericht: kartellrechtliche Lieferantencompliance bei der Deutsche Bahn AG

Dr. Martin Schmidt und Dr. Thilo Reimers

Einführung

Als erstes deutsches Unternehmen verlangt die Deutsche Bahn AG (DB AG) von ihren Lieferanten bei Beschaffungsvorgängen auf kartellgeneigten Märkten die Einführung oder Beibehaltung von (rudimentären) kartellrechtlichen Complianceprogrammen. Kürzlich hat sie die Einhaltung dieser Verpflichtungen – bei knapp 200 Unternehmen – erstmals überprüft.

Ausgangslage

Die Deutsche Bahn AG ist einer der größten Einkäufer von Waren und Dienstleistungen in Deutschland und wurde in der Vergangenheit häufig Opfer von Lieferantenkartellen. Dadurch sind Schäden in Millionen- oder sogar Milliardenhöhe entstanden. Auf diese Entwicklung hat die DB AG vor allem auf zweierlei Weise reagiert: Zum einen macht sie gegenüber Kartellanten – systematisch und sehr erfolgreich – zivilrechtlich Ersatz für erlittene Kartellschäden geltend. Zum anderen hat sie 2014 als erstes Unternehmen in Deutschland ein gesamthafes



System zur Prävention von Kartellschäden („Kartellschadenspräventionssystem“) eingeführt.

Im Mittelpunkt dieses Systems steht unter anderem die Vereinbarung von „Ergänzenden Vertragsbedingungen zur Kartellprävention“ („EVB Kartellprävention“) mit den

Lieferanten. Diese Bedingungen verpflichten die Lieferanten zur Einführung oder Beibehaltung von (rudimentären) kartellrechtlichen Complianceprogrammen und enthalten diesbezüglich zugleich einen einfachen Überwachungs- und Sanktionsmechanismus. Die Ziele dieser Maßnahme sind offensichtlich: Lieferanten sollen für ▶

das Thema Kartellrecht sensibilisiert und die Compliancekultur soll gestärkt werden. Dadurch will man die Wettbewerbsintensität auf den Beschaffungsmärkten intensivieren und der Kartellbildung vorbeugen.

Es ist kein Geheimnis, dass bei vielen Unternehmen nach wie vor Nachholbedarf bei kartellrechtlicher Compliance besteht. So hat etwa die britische Competition and Markets Authority im Jahr 2015 festgestellt, dass in Wales nur in 9% aller Unternehmen kartellrechtliche Grundregeln auch auf Geschäftsführungsebene diskutiert werden (in Schottland immerhin in 23%). Kartellrechtliche Schulungen wurden sogar in nur 5% aller Unternehmen (London 10%) durchgeführt. Auch die deutsche Monopolkommission hält in ihrem Sondergutachten 72 (Strafrechtliche Sanktionen bei Kartellverstößen) fest, dass es weiterhin „konkrete Anhaltspunkte für die Feststellung eines unterentwickelten Unrechtsbewusstseins im Hinblick auf Kartellverstöße gibt“.

Im Folgenden gehen wir zunächst darauf ein, wie diejenigen Beschaffungsmärkte identifiziert werden, auf denen die EVB Kartellprävention zum Einsatz kommen. Im Anschluss stellen wir deren Inhalt vor und berichten von den Erfahrungen aus der Abfrage der Einhaltung der EVB Kartellprävention im Jahr 2015.

Identifizierung kartellgeneigter Beschaffungsmärkte

Die DB AG hat sich aus verschiedenen Gründen dazu entschieden, die EVB nur auf solchen Märkten einzu-

setzen, die aus ihrer Sicht eine „erhöhte Kartellneigung“ aufweisen. Dies ist derzeit auf etwa 5% aller Beschaffungsmärkte der Fall. Dabei wurden die EVB bislang mit knapp 500 Lieferanten vereinbart. Der Grund für den begrenzten Einsatz der EVB Kartellprävention sind vor allem Verhältnismäßigkeits- und Risikoerwägungen: Zum einen ist die Abfrage der Einhaltung der EVB Kartellprävention vergleichsweise aufwendig (siehe hierzu unten). Zum anderen ergeben sich nicht auf allen Beschaffungsmärkten gleich große Kartellrisiken. Vielmehr weisen nur bestimmte Märkte eine „erhöhte Kartellneigung“ auf. Diese wiederum rechtfertigt den mit der Abfrage der EVB Kartellprävention verbundenen Aufwand.

Für die Identifizierung von Märkten mit „erhöhter Kartellneigung“ setzt die DB AG auf ein systematisches Marktstrukturscreening. Mitarbeiter der DB-Einkaufsabteilung bewerten die Beschaffungsmärkte dabei im Rahmen der standardmäßig durchgeführten Marktbeobachtungen auch nach bestimmten ökonomischen Kriterien, die herkömmlicherweise zur Identifizierung kartellgeneigter Märkte herangezogen werden. Hierzu gehören etwa der Grad der Homogenität der auf dem Markt zu beschaffenden Güter, die Anzahl der in Frage kommenden Lieferanten, die Konstanz der Nachfrage, Ausmaß und Bestehen von Marktzutrittsschranken und die allgemeine wirtschaftliche Lage der jeweiligen Branche.

Diese Kriterien werden jeweils mit einem Punktwert versehen und von den Einkäufern (in Unkenntnis des jeweiligen Punktwerts) auf einer Skala von „erfüllt“ (volle Punktzahl) bis „nicht erfüllt“ (keine Punkte) bewertet. Je nach gewählter Antwortoption entsteht pro Frage ein

Punktwert. Sodann wird geprüft, ob die Summe der Einzelpunkte einen bestimmten – vorab festgelegten – Gesamtpunktwert überschreitet. Ist das der Fall, wird der jeweilige Beschaffungsmarkt als kartellgeneigt eingestuft. Auf diesem Markt werden dann in sämtlichen Beschaffungsvorgängen die EVB Kartellprävention mit den Lieferanten vereinbart.

Die EVB Kartellprävention der Deutsche Bahn AG

Seit Anfang 2014 verlangt die Deutsche Bahn AG von ihren Lieferanten bei Beschaffungsvorgängen auf kartellgeneigten Märkten die Einführung oder Beibehaltung von (rudimentären) kartellrechtlichen Complianceprogrammen. Ausgenommen hiervon sind lediglich Kleinstunternehmen mit einem jährlichen Umsatz von weniger als 2 Millionen Euro und weniger als zehn Mitarbeitern. Der Inhalt der EVB Kartellprävention lässt sich wie folgt zusammenfassen:

- **Regelwerk:** Die Lieferanten müssen ein für alle Mitarbeiter geltendes schriftliches Regelwerk mit kartellrechtlichen Verhaltensanforderungen verbindlich festlegen und bekanntmachen. Die Bekanntmachung muss mit einem klaren Bekenntnis der Unternehmensführung zu kartellrechtskonformem Verhalten verbunden werden.
- **Schulungen:** In höchstens dreijährigen Abständen müssen die Unternehmensführung und in mittelgroßen und großen Unternehmen auch die Mitarbeiter mit Wettbewerberkontakten kartellrechtliche

Präsenzschulungen durch in- oder externe Experten erhalten.

- **Ansprechpartner:** Sämtlichen Mitarbeitern muss ein sachkundiger Ansprechpartner zur Beurteilung kartellrechtlicher Fragestellungen zur Verfügung stehen.
- **Überwachungs- und Sanktionsmechanismus:** Die DB AG hat das Recht, die Einhaltung der Verpflichtungen aus den EVB Kartellprävention schriftlich bei den Lieferanten abzufragen (Antwortfrist von einem Monat). Für den Fall, dass ein Lieferant hierauf nicht fristgerecht oder nicht inhaltlich hinreichend antwortet, kann die DB AG – abhängig von der Häufigkeit der unzureichenden Antworten – als Ultima Ratio eine Vertragsstrafe von bis zu 3% des Nettoauftragswerts geltend machen.

Um die mit dem Einsatz der EVB Kartellprävention verbundenen Ziele bestmöglich zu erreichen, hat sich die DB AG dazu entschlossen, die Lieferanten bei der Umsetzung der Anforderungen aus den EVB zu unterstützen. Zum Punkt „Regelwerk“ wird in den EVB beispielsweise auf das – zusammen vom Bundesverband Materialwirtschaft, Einkauf und Logistik e.V. („BME“) und der DB AG entwickelte – frei verfügbare und kostenlos im Internet abrufbare kartellrechtliche Musterregelwerk in Form von „Dos & Don'ts“ des BME verwiesen [mittlerweile ersetzt durch ein zusammen vom Deutschen Institut für Compliance e.V. (DICO) und dem BME entwickeltes Regelwerk, das über die jeweiligen Websites verfügbar ist]. Für die Schulungen bietet die DB AG in Kooperation mit einer externen Unternehmensberatung deutschlandweit

regelmäßig Compiianceschulungen mit kartellrechtlichem Schwerpunkt an (DB AG nicht an den Einnahmen beteiligt). Hierdurch haben Lieferanten einen unkomplizierten und kostengünstigen Zugang zu entsprechenden Angeboten.

Erfahrungen mit dem Einsatz der EVB Kartellprävention

Im Jahr 2015 hat die DB AG die Einhaltung der Verpflichtungen aus den EVB Kartellprävention durch ihre Lieferanten großflächig bei knapp 200 Lieferanten – vorwiegend aus dem Bereich Infrastrukturbau – abgefragt. Etwa die Hälfte der Lieferanten hat die Einhaltung der Verpflichtungen fristgemäß und inhaltlich ausreichend nachgewiesen. Gut ein Drittel der Lieferanten hat hinreichende Nachweise für die Einhaltung erst auf (mehrmalige) Nachfrage erbracht. Nur gegenüber sehr wenigen Lieferanten musste die DB AG wegen mehrfach nicht hinreichender oder fristgemäßer Antwort eine Vertragsstrafe geltend machen. Im Kern hat die Abfrage Folgendes gezeigt:

- **Deutliches Zeichen in den Markt:** Die DB AG hat mit der Abfrage ein deutliches Zeichen an ihre Lieferanten gesendet: Sie erwartet wettbewerbskonformes Verhalten!
- **Weitgehend erstmalige Befassung mit Kartellrecht durch KMUs:** Im Zuge der Abfrage haben zahlreiche KMUs bestätigt, dass sie sich aufgrund der DB-Initiative erstmals mit kartellrechtlichen Anforderungen

für ihr Geschäft auseinandergesetzt hätten. Auch bei einigen Großunternehmen hat sich gezeigt, dass die kartellrechtliche Compliance ausbaufähig ist – hier insbesondere die Verankerung klarer und ausreichender kartellrechtlicher Regeln im Regelwerk.

- **Vereinbarung reicht nicht, Abfrage ist erforderlich:** Die Abfrage hat deutlich gemacht, dass sich gerade KMUs erst dann um die Erfüllung ihrer Verpflichtungen gekümmert haben, nachdem die DB AG deren Einhaltung abgefragt hat. Damit war zwar zu rechnen. Es zeigt aber, dass die Vereinbarung von Compliancemaßnahmen mit Lieferanten mit einem effektiven Sanktionsmechanismus verbunden werden muss. Denn einige der Lieferanten hat ganz offenbar erst die konkrete Androhung der Geltendmachung einer Vertragsstrafe motiviert, ihre Verpflichtungen umzusetzen und gegenüber der DB AG nachzuweisen.
- **Überwiegend neutrales, teilweise sogar positives Feedback:** Die Mehrheit der Lieferanten hat auf die Abfrage neutral reagiert. Einzelne Lieferanten haben sich sogar ausdrücklich für die Unterstützung bei oder für die Motivation für den Aufbau eines Complianceprogramms bedankt. Nur vereinzelt haben Lieferanten den zusätzlichen Aufwand bei der Erfüllung ihrer Verpflichtungen gegenüber der DB AG beklagt.
- **Telefonische Beratung der Lieferanten ist hilfreich:** Im Zuge der Abfrage hat sich auch gezeigt, dass gerade KMUs auf die Unterstützung durch die DB AG bei der Umsetzung ihrer Compliancemaßnahmen angewiesen waren. Obwohl den EVB eine recht

ausführliche Erläuterung beiliegt, war es für zahlreiche Lieferanten eine große Hilfe, dass DB-Mitarbeiter sie telefonisch beraten haben. ◀



Dr. Martin Schmidt,

Senior Counsel Kartellrecht Beratung/Compliance, Deutsche Bahn AG, Berlin

martin.ab.schmidt@www.deutschebahn.com

www.deutschebahn.com

Hinweis auf weiterführende Literatur:

- Ergänzende Vertragsbedingungen der Deutsche Bahn AG und der mit ihr verbundenen Unternehmen für die Kartellprävention (abrufbar unter www.deutschebahn.com/kartellpraevention)
- Reimers/Brack/Schmidt, Kartellschadensprävention als Bestandteil der kartellrechtlichen Compliance, CCZ 2016, S. 83–89
- Consumer and Market Authority, Business leaders to get crash course in competition law, 2015 (abrufbar unter www.gov.uk/government/news/business-leaders-to-get-crashcourse-in-competition-law)
- Monopolkommission, Sondergutachten 72, Strafrechtliche Sanktionen bei Kartellverstößen (abrufbar unter <http://www.monopolkommission.de/index.php/de/gutachten/sondergutachten>)
- Deutsches Institut für Compliance, Leitlinie 06 – Kartellrechtliche Compliance, Arbeitspapier 05 – Beispielhaftes kartellrechtliches Regelwerk (abrufbar bzw. erhältlich über die DICO-Website)



Dr. Thilo Reimers,

stellvertretender Leiter der Abteilung Kartellrecht Beratung/Compliance, Deutsche Bahn AG, sowie Leiter des Arbeitskreises Kartellrecht des DICO e.V., Berlin

thilo.reimers@deutschebahn.com

www.deutschebahn.com